

JOSÉ DANIEL TOALDO

A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E A USUCAPIÃO PRÓ-MORADIA

Monografia de conclusão de curso
apresentada ao Núcleo de Monografia do
Curso de Direito da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Eroulths Cortiano Júnior

CURITIBA

2001

TERMO DE APROVAÇÃO

JOSÉ DANIEL TOALDO

A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E A USUCAPIÃO PRÓ-MORADIA

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Núcleo de Monografia do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Presidente _____

2º Examinador _____

3º Examinador _____

...quanto mais caracterizadamente uma lei protege os interesses populares emergentes, maior é a probabilidade de que ela não seja aplicada.

Boaventura Souza Santos

...não cabe à Justiça resolver problemas sociais, mas garantir o primado da lei... não me cabe perquirir o porquê da invasão, ou se o povo está ou não morrendo de fome...

Opinião de um Juiz nordestino mandando remover posseiros urbanos

SUMÁRIO

TERMO DE APROVAÇÃO.....	ii
RESUMO.....	vi
1 INTRODUÇÃO.....	1
2 APONTAMENTOS SOBRE A POSSE.....	5
2.1 Conceito.....	5
2.2 Objetos da posse.....	6
2.3 Teorias sobre a posse.....	6
2.4 Teoria de Savigny- (teoria subjetiva).....	7
2.5 Teoria de Ihering- (teoria objetiva).	8
2.6 Contraposição entre as teorias.	9
2.7 Composse.....	9
2.8 Classificação da posse.	10
2.9 Desdobramento da posse.	13
2.10 Modos de aquisição e perda da posse.....	14
2.11 Efeitos da posse.	16
3 A USUCAPIÃO PRÓ MORADIA.....	18
3.1 Conceito.....	18
3.2 Esboço Histórico.	19
3.3 Requisitos.	22
3.4 Requisitos pessoais.	23
3.5 Requisitos reais.	24
3.6 Requisitos formais.	29
3.7 A Usucapião Coletiva.....	31
3.8 Procedimento.....	35
3.9 Efeitos.....	37
3.10 Considerações Finais.....	38
4 POSSE E PROPRIEDADE, UMA QUESTÃO SOCIAL.....	40
4.1 Noções Preliminares.....	40
4.2 A questão axiológica da posse e propriedade.....	40

4.3 A Função Social.....	42
4.4 A Justiça é Cega?.....	43
4.5 O Ônus da Função Social na Posse e Propriedade.	44
4.6 A Usucapião Pró Moradia e a Função Social da Posse.	47
5 CONCLUSÃO.	49
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	52

RESUMO

Procura-se no presente trabalho fazer uma rápida incursão pelos pontos mais importantes da teoria da posse, sintetizando-se os conceitos mais relevantes ao entendimento da usucapião. Adentra-se ao Instituto da usucapião, mais especificamente àquela instituída no art. 183 da Constituição Federal de 1988, e regulada pela Lei nº 10.257/2001. Após passar em exame a cada um de seus pontos importantes, faz-se uma reflexão, à luz da função social da posse e propriedade, sobre sua função social, inserida dentro da questão habitacional dos grandes centros urbanos.

1 INTRODUÇÃO.

A posse é Instituto de suma importância na usucapião¹, sendo seu estudo, ao nosso ver, indispensável ao perfeito entendimento da prescrição aquisitiva. Fonte de grandes confrontos doutrinários históricos, como entre Savigny e Ihering, o seu estudo ainda hoje não se pacificou.

A questão da posse da terra tem raízes históricas, que remontam às concessões das grandes sesmarias aos donatários das Capitanias Hereditárias, criadas pelo rei D. João III², onde estas acabaram por se tornar latifúndios improdutivos. Com notório potencial agrícola, a colonização do Brasil se deu de forma ao implemento da cultura rural, estabelecendo o grosso da população no campo, o que se fez presente até pouco mais de seis décadas atrás.

Na metade do século XX, cerca de um terço da população vivia nas cidades, este número, hoje, ultrapassa aos dois terços, e, segundo previsões, chegará a 90% em trinta anos³. O inchaço das cidades se tornou-se um problema social, afetando as mais diversas classes.

¹ – O emprego do vocábulo no feminino parece ir ao encontro da língua *mater*. Límpida lição nos dá Lenine Nequete, in *Da Prescrição Aquisitiva (usucapião)*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1970. p. 13: “Esse vocábulo – como adianta NETTO CAMPELLO – não pode deixar de ser usado no feminino, posto que os dicionários portugueses o considerem masculino. No latim, no espanhol e no francês ele é feminino, o que também acontece na legislação romana. No *Corpus Iuris Civilis* a palavra *usucapio* é feminina, como se verifica, entre outras passagens, no § 3º das Institutas (2,6), no fr. 1 do D., 41,3 e no § 1º do Cód., 7,31. Entre escritores como IHERING, MACKELDEY e outros, e entre juristas modernos e antigos como RUY BARBOSA, CLÓVIS BEVILÁQUA, LACERDA DE ALMEIDA, LAFAYETE PEREIRA, ALMEIDA E SOUZA, LUIZ TEIXEIRA, RIBAS COELHO DA ROCHA e outros, ela é usada no gênero feminino, sendo de estranhar que COELHO RODRIGUES empregue a masculinização desse vocábulo no seu importante Projeto de Código Civil Brasileiro.” Também a legislação atual seguiu esta linha, como se vê na Lei nº 10.257/2001.

² - Coleção Anglo. Vários autores. História do Brasil I. São Paulo: Anglo, 1991. p. 13

³ - Cf. Diário da Assembléia Nacional Constituinte – 20/08/87. p. 4721

Com o agravamento deste cenário, tendeu o poder público, ouvindo os clamores da sociedade, a buscar um instrumento que diminuísse a injustiça social, especialmente no que tange à falta de moradia, o que culminou com o surgimento da usucapião posta no art 183 da Constituição de 1988 e mais recentemente com a Lei nº 10.257/2001 que a regulamentou.

A usucapião é a aquisição do domínio pela posse prolongada, na forma da lei, tendo como objetivo, segundo alguns juristas, de acabar com a incerteza da propriedade, punir a inércia do proprietário relapso, assim como assegurar a paz social pelo reconhecimento da propriedade com relação àquela pessoa que de longa data é o seu possuidor.⁴

Ocorre na usucapião, simultaneamente, a perda do direito do antigo proprietário e a aquisição de um novo direito por parte do usucapiente. Esta nova relação jurídica não deriva da anterior. Diz-se que é uma forma originária de aquisição da propriedade.⁵ Sendo um instituto de grande alcance social, é um meio pelo qual o possuidor do imóvel chega a adquirir-lhe o domínio.

A atual Constituição de 1988 trouxe novamente para seu seio a usucapião *pró labore*, criando a modalidade urbana, a usucapião *pró moradia*, absolutamente

⁴ - Segundo Arnaldo Wald, *in* Curso de Direito Civil Brasileiro- Direito das Coisas, 2ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1970. p. 175, "Alguns juristas quiseram ver no usucapião, como aliás na prescrição, uma punição da inércia do proprietário. Tal explicação pode justificar a perda da coisa mas não a sua aquisição pelo novo titular. Para outros, o usucapião visaria premiar o possuidor que valorizou a coisa, embora muitas vezes a atividade do possuidor não seja, por seu lado, produtiva. Ainda se tem argumentado com a necessidade de segurança jurídica e a legalização de situações de fato já consolidadas. Enfim e em consequência, visa a evitar buscas e pesquisas históricas sobre as operações referentes à determinado móvel ou imóvel, que representariam uma verdadeira *probatio diabolica*, limitando no tempo o estudo das operações realizadas ao prazo de usucapião. Os fenômenos sociais e as normas jurídicas não tem, na maioria das vezes, uma causa única e obedecem a uma série de fatores convergentes de modo que não há por que optar por uma explicação única do usucapião. Atende ele ao mesmo tempo à necessidade de segurança e a valorização do trabalho.

⁵ - Para Natal Nader, *in* Usucapião de Imóveis. 1ª ed. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 1983. p. 10, a forma de aquisição da usucapião é originária "... visto que, juridicamente, não há qualquer relação de causalidade entre o domínio anterior e o do usucapiente. Este não adquire à alguém, não há ato de transmissão. Dá-se, simplesmente, a morte de um anterior direito de propriedade, se acaso existiu, e o surgimento de um direito novo em favor do usucapiente, sem nenhuma vinculação com seu antecessor. Consequentemente, o bem usucapido não está sujeito a eventuais ônus que o gravassem, anteriormente ao usucapião."

desconhecida em nosso ordenamento jurídico até então, a qual pacifica as relações sociais já estabilizadas pelo tempo, levando a população excluída cada vez mais próximo da cidadania.

Os contornos dados ao conceito de função social da propriedade denotaram o caminho que foi seguido pela chamada Constituição Cidadã, “opondo sempre ao interesse individual o social, tomando este, naturalmente, dentro de uma visão objetiva e na idéia de convivência harmônica, como pressuposto lógico da ordem jurídica”⁶.

Não se pode, porém, viver harmoniosamente com a insegurança quanto a um direito elementar que a família possui — o direito à habitação. Esta deveria ser uma prioridade do Estado, no entanto, desde a criação do Sistema Financeiro da Habitação, logo após o golpe de 1964, os recursos aplicados a esse sistema, constantemente aumentados, não são aplicados na moradia popular, e muitas vezes nem mesmo na construção civil, mas, sim em atividades econômicas mais lucrativas.⁷

Frente a este descaso, nada mais resta à classe excluída senão partir para as invasões, como forma de prover à sua habitação. Dentro destes meios convivem com a insegurança quanto à sua posse. Aí se denota a função social, tanto da posse, como da propriedade e da própria usucapião, que devem servir como elementos legalizadores da situação fática, harmonizando a convivência social, estabilizando as relações já consolidadas pelo tempo, dando um aspecto de conformidade ao Direito àquelas relações que se mostravam avessas ao

⁶ - Bittar, Carlos Alberto. Os Direitos Reais na Constituição de 1988, *in* A Propriedade e os Direitos Reais na Constituição de 1988 (Carlos Alberto Bittar- coordenador). 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 10

⁷ - O Serviço Social e os Movimentos Sociais — Uma Experiência de Trabalho em Loteamentos Clandestinos. Trabalho de Conclusão de Curso de Serviço Social da PUC/SP apresentado por alunos e professores do curso, *in* Revista de Serviço Social e Sociedade. 4ª reimpressão. São Paulo: Cortez Editora, ano II — março de 1981. p. 133

ordenamento, caminhando, assim, ao encontro da paz social, vindo a resgatar “a hipoteca social que incide sobre o próprio direito de propriedade”.⁸

⁸ - Ferreira, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira vol. VI. São Paulo: Saraiva, 1994.
p. 445

2 APONTAMENTOS SOBRE A POSSE.

2.1 Conceito.

A posse⁹, simplificada, pode ser conceituada como o estado de fato correspondente ao direito de propriedade. É uma situação que surge por referência a um direito cujo exercício reproduz ou assimila¹⁰.

O estado de fato, que gera poder sobre uma coisa e não corresponde a direito algum, se chama detenção¹¹. A grande dificuldade no conceito situa-se em distinguir a posse da mera detenção.¹² Assevera-se a discussão em conceituar a posse como fato ou direito, entendendo doutrinadores atuais que esta é uma situação de fato protegida pelo legislador¹³. Entende Orlando Gomes que esta é um direito, principalmente levando-se em conta o conceito de Ihering: "direito é o interesse juridicamente protegido".¹⁴

⁹ – O presente trabalho não se destina a um estudo exaustivo do Instituto da posse. Pretende-se uma breve incursão em alguns de seus pontos mais importantes e que entende-se necessários para a perfeita compreensão da usucapião e do fenômeno social que a envolve.

¹⁰ - Ascensão, José de Oliveira. Direito Civil Reais. 5ª ed. Coimbra: Editora Coimbra. p. 59

¹¹ - Gomes, Orlando. Direitos Reais. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 17

¹² - Segundo Arnoldo Wald, Ob. Cit., p. 72, a posse é "toda senhoria material exercida em nome próprio, com certa autonomia do possuidor nos atos que pratica sobre a coisa, suscetível de apropriação..." Já a "detenção é o poder material exercido em nome alheio ou sobre coisa insuscetível de apropriação ou em nome próprio, mas sem a necessária autonomia da vontade, obedecendo diretamente a instruções e ordens de terceiro, como fâmulos ou servidores da posse alheia."

¹³ – Rodrigues, Silvio. Direito Civil vol. V. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 16

¹⁴ - Gomes, Orlando. Ob. Cit. p. 28

2.2 Objetos da posse.

Podem ser objetos de posse coisas e direitos, observando Orlando Gomes que, admitem alguns, a posse dos direitos reais, outros dos de créditos, e ainda há os que defendem a posse estendida a todos os direitos. Entendem outros¹⁵, porém, que a posse, como situação de fato, só pode ter por objeto uma coisa. Não pode haver um exercício de poderes de fato sobre um direito¹⁶.

Exclui-se da posse os bens fora de comércio. Os bens acessórios também não o são quando formam parte integrante e constitutiva da coisa principal.

Podem ser objetos da posse as coisas que compõem as universalidades de fato. Sobre as universalidades de direito, contesta-se a possibilidade, porém todos os elementos que a integram, considerados isoladamente, podem ser objeto de posse, uma vez que se compõe de bens patrimoniais¹⁷.

2.3 Teorias sobre a posse.

Os romanos, juristas práticos que eram, embora conhecendo o instituto da posse e disciplinando a defesa da situação possessória, não perquiriram sobre sua natureza, cabendo aos juristas modernos explicar o instituto¹⁸.

¹⁵ - Arnaldo Wald (Ob. Cit. p. 57) explica que “a posse de coisas é também, em certo sentido, uma posse de direitos, pois consiste na posse do direito de propriedade ou melhor no exercício de poderes inerentes à propriedade. Chamamos pois, a posse do direito de propriedade, de posse de coisa, enquanto a exteriorização de outros direitos reais é considerada posse de direitos. A distinção entre ambas só se justifica por razões históricas, havendo forte corrente doutrinária que nega a existência da posse de direito, declarando que toda posse é posse de coisa, poder material que se exerce sobre um objeto ao qual a lei reconhece efeitos jurídicos”

¹⁶ – Ascensão, José de Oliveira. Ob. Cit. p. 64

¹⁷ – Gomes, Orlando. Ob. Cit. p. 30

¹⁸ – Rodrigues, Silvio. Ob. Cit. p. 18

É histórico o confronto doutrinário entre Savigny e Ihering, este apontando para a utilização econômica da coisa e aquele para elementos subjetivos da posse, o *corpus* e o *animus*, resultando nas chamadas teoria objetiva (Ihering) e subjetiva (Savigny).

2.4 Teoria de Savigny- (teoria subjetiva).

Para Savigny a posse resulta da conjunção de dois elementos: um material, o *corpus* e outro intelectual, o *animus*.

Para que haja posse, deve existir o *animus rem sibi habendi*, ou seja, o ânimo de ter a coisa como sua, a vontade daquele que está com o *corpus* de ter a coisa como proprietário.

Na sua visão, este instituto consistia na faculdade real e imediata de dispor fisicamente da coisa com a intenção de dono, e de defendê-la contra as agressões de terceiros¹⁹.

O *corpus* é o elemento material, o poder físico da pessoa sobre a coisa. O *animus* é o elemento intelectual, a vontade de ter a coisa como sua.

Desta forma, a situação fática na qual alguém exerce um poder sobre a coisa seria uma detenção, a não ser que aquele que exercesse o poder se considerasse como titular do direito, ou seja, tivesse *animus domini*.²⁰

¹⁹ – Fulgêncio, Tito. Da Posse e das Ações Possessórias vol I. 9ª ed. rev. e atual. Por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 08

²⁰ - Wald, Arnoldo. Ob. Cit. p. 47

2.5 Teoria de Ihering- (teoria objetiva).

Para Ihering posse é o poder de fato, propriedade é o poder de direito²¹. A posse é a condição do exercício da propriedade²². A utilização econômica da propriedade tem grande importância nesta teoria, consistindo em usá-la de duas maneiras: por si mesmo ou cedendo-a a outrem.

A posse pode ser considerada sob dois pontos de vista: a posse como condição do nascimento de um direito; a posse como fundamento de um direito. Sob o primeiro ponto de vista, não se pode adquirir a propriedade sem se imitar na posse. Esta é uma condição indispensável para se chegar àquela. Sob o segundo ponto de vista, a posse serve como fundamento de um direito, porque o possuidor tem o direito de se prevalecer dela até que alguém venha tomá-la apresentando-se com melhor direito.

Como consequência desta teoria, não se exigindo o *animus domini*, a qualidade de possuidor é dada às pessoas que na concepção clássica eram tidos como meros detentores, como o locatário, o usufrutuário, Etc..²³

²¹ – Gomes, Orlando Ob. Cit. p. 21

²² – Rodrigues, Silvio. Ob. Cit. p. 18

²³ - “O objetivismo da teoria de Ihering, ou seja, a dispensa da intenção de dono na sua configuração permite caracterizar como relação possessória o estado do fato do locador em relação à coisa locada, do depositário em relação à coisa depositada, do comodatário em relação à coisa comodada, do credor pignoratício em relação à coisa apenhada, etc. E isto não é uma mera abstração. Verdadeiramente dotado de efeitos práticos, permitirá a qualquer deles defender-se por via das ações possessórias ou interditos, não apenas contra terceiros que tragam turbação, mas até mesmo contra o proprietário da coisa, que eventualmente moleste aquele que tenha a utilização dela.”(Caio Mario da Silva Pereira. Instituições de Direito Civil vol. IV. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 16)

2.6 Contraposição entre as teorias.

Para Orlando Gomes as duas teorias distinguem-se em três pontos fundamentais:

1º- Na explicação da natureza da posse: Savigny a considera um fato, podendo vir a ser um direito. Ihering considera-a um direito.

2º- Na determinação dos elementos constitutivos da posse (*corpus* e *animus*). Ihering não considera a intenção, levando em conta a causa da posse (fim econômico).

3º- No fundamento da proteção possessória. Para Savigny ela se protege porque o Estado deve dar a qualquer pessoa a proteção contra atos de violência. Para Ihering é um meio de facilitar a defesa da propriedade.²⁴

2.7 Composse.

É o exercício de duas ou mais pessoas simultaneamente sobre uma coisa indivisa, nenhuma a possuindo *in solidum* senão em parte ideal ou expressa em cifra. Nada obsta que muitas pessoas tenham ao mesmo tempo e sobre uma mesma coisa a posse indireta ou a posse direta, como os cônjuges que vivem em regime de comunhão universal quanto ao mobiliário da casa Etc., os membros de uma sociedade em nome coletivo quanto às coisas que se acham no poder de fato da sociedade²⁵.

Todos os compossuidores podem utilizá-la diretamente, desde que uns não excluam os outros.

²⁴ - Gomes, Orlando. Ob. Cit. loc. Cit.

²⁵ - Fulgêncio, Tito. Ob. Cit. p. 33

2.8 Classificação da posse.

Pode o possuidor ter adquirido esta qualidade de modo reprovável pelo Direito, ou ainda, não ter a convicção de seu *status*.. Nestes aspectos, a posse pode se encontrar viciada, tanto objetivamente quanto subjetivamente²⁶.

Sob o ângulo que possibilita a identificação dos vícios objetivos, divide-se em:

a) Posse justa - É aquela cuja a aquisição não repugna ao direito. O art. 489 do Código Civil define como posse justa aquela que não for violenta, clandestina ou precária.

O que importa é a forma de aquisição, se é adquirida por um dos modos admitidos em lei. A posse justa deve ser pública (qualquer interessado pode opor-se) e contínua²⁷.

b) Posse injusta - É aquela cuja aquisição repugna ao direito. Divide-se em:

i) Posse violenta - Nenhuma distinção faz a lei entre violência física e violência moral, nem o seu espírito a autoriza, porque, ou se entre na posse de meu prédio usando contra mim da força física, e se a tome, empregando a intimidação ou o abuso de posição, sempre há uma perturbação da ordem social.

Em um e em outro caso substitui-se o poder da lei pelo poder privado e destarte se atenta contra a paz jurídica, sem a qual é impossível o viver civil.²⁸

²⁶ - Classificação utilizada por Orlando Gomes. Ob. Cit. p. 36

²⁷ - Gomes, Orlando. Ob. Cit. p. 37

²⁸ - Fulgêncio, Tito. Ob. Cit. p. 38

ii) Posse precária- é a que se adquire por abuso de confiança. Resulta, comumente, da retenção indevida de coisa que deve ser restituída. É o caso do depositário infiel, no direito penal. Lenine Nequete considera este como um vício absoluto.²⁹

iii) Posse clandestina- é a que se adquire às ocultas.

Sob o plano da subjetividade classifica-se em:

a) Posse de má-fé – quando o possuidor sabe que existe vício ou obstáculo que lhe impede a sua aquisição. Considera-se de má-fé aquele que possui na consciência da ilegitimidade de seu direito.³⁰

b) Posse de boa-fé – é o caso em que o possuidor ignora o vício que lhe impede a aquisição. O direito pátrio concebe a boa-fé de modo negativo, como ignorância e não como convicção.³¹ A sua aquisição deve ter causa legítima, mesmo aparente, admitindo-se, porém, erro escusável.³²

Divide-se em:

i) Posse de boa-fé real- quando a convicção do possuidor se apóia em elementos objetivos tão evidentes que nenhuma dúvida pode ser suscitada quanto à legitimidade.³³

²⁹ - Nequete, Lenine. Ob. Cit. p. 117

³⁰ - Pereira, Caio Mario da Silva. Ob. Cit. p. 24

³¹ - Código Civil, art. 490: "É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou direito possuído."

³² - Gomes, Orlando. Ob. Cit. p. 39

³³ - Gomes, Orlando. Ob. Cit. p. 39

ii) Posse de boa-fé presumida (presunção *iuris tantum*) -

quando o possuidor tem justo título. O título, no seu aspecto substancial, apresenta-se como a causa jurídica da relação possessória, o ato ou fato que justifica a sua aquisição.³⁴

c) Conceito de boa-fé- a boa-fé³⁵ consiste em conceito juridicamente indeterminado, em *topoi* que "permite ao aplicador do Direito adquirir autonomia em face da lei³⁶. Em nosso direito é definido no sentido negativo, como ignorância do vício ou obstáculo que impede a aquisição. Entende-se que a boa fé pode ser admitida no caso de um erro de direito ou erro de fato.³⁷

d) A má fé no curso da posse³⁸ - a conversão da posse não se verifica no momento em que o possuidor tem conhecimento da existência do vício, mas quando

³⁴ - Gomes, Orlando. Ob. Cit. Loc. Cit.

³⁵ - O conceito supra exposto se refere à boa-fé objetiva, que é a que interessa ao estudo da usucapião. Há, porém, a boa-fé subjetiva, que se traduz, segundo Orlando Gomes *in* Obrigações. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 89, na premissa "segundo a qual todo homem deve honrar a palavra empenhada... A expressão boa-fé não tem, no particular, o sentido em que é usada no Direito das Coisas. Agir de boa-fé significa comportar-se como homem correto na execução da obrigação... quer dizer que lhes cumpre observar comportamento decente, que corresponda à legítima expectativa do outro contratante."

³⁶ - Fachin, Luiz Edson. A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1988. p. 67

³⁷ - "Discute-se o erro de direito ou o erro de fato podem integrar o conceito de boa fé. A nosso ver, sim. E correta está a posição do Ministro Orosimbo Nonato (STF, julgamento de 24.9.48 in RF 122/ 89): a boa fé pode existir tanto quando há erro de direito como quando há erro de fato. A rigor, ambos conduzem à mesma realidade."(Fachin, Luiz Edson. A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1988. p. 67)

³⁸ - Questão importante é colocada por José de Oliveira Ascensão: "...a boa fé, em matéria de posse, exprime-se por um conceito ético, acompanhando a eticização que se vai manifestando em vários sectores do direito, ou por um conceito meramente psicológico? Assim, aquele que por negligência grave não tiver consciência de prejudicar outrem, está ainda de boa fé? O art. 1260.0/1, ao caracterizar a posse de boa fé pelo facto de o possuidor, ao adquiri-la, ignorar que lesa o direito de outrem, parece apontar numa directriz psicológica. Menezes Cordeiro realizou porém a demonstração exaustiva de que, mesmo na posse, o conceito de boa fé é ético e não meramente psicológico. Quem não sabe nem quer saber se viola direitos de outrem não está, juridicamente, de boa fé.

as circunstâncias firmam a presunção de que não os ignoram. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.³⁹

2.9 Desdobramento da posse.

a) Posses paralelas- embora por natureza a posse seja exclusiva, admite o legislador o seu desdobramento, não só no que diz respeito ao campo de seu exercício, como também no que concerne à simultaneidade daquele exercício.⁴⁰

i) Posse direta- é a que tem o não proprietário a quem cabe o exercício de uma das faculdades do domínio, por força de obrigação ou direito.

ii) Posse indireta - é aquela que o proprietário conserva quando se demite, temporariamente, de um dos direitos elementares do domínio, cedido a outrem seu exercício.⁴¹

A) Pressupostos da posse indireta.

1. A existência de posse imediata (ou direta) e;
2. A ocorrência de uma relação de intermediação de posse.⁴²

b) Defesa da posse- o possuidor direto pode defendê-la por iniciativa própria, independentemente da assistência ou intervenção do possuidor indireto.

³⁹ - Nequete, Lenine. Ob. Cit. p. 192

⁴⁰ - Rodrigues, Silvio, Ob. Cit. p. 24

⁴¹ - Pereira, Caio Mario da Silva. Ob.Cit. p. 26

⁴² - Alves, José Carlos Moreira. Ob. Cit. p. 348

Admite-se ao possuidor direto a defesa contra quem quer que seja, inclusive contra o possuidor mediato.⁴³

2.10 Modos de aquisição e perda da posse.

a) Modos originários de aquisição: adquire-se a posse, por modo originário, quando não há consentimento de possuidor precedente.

São modos originários:

i) **Apreensão-** é forma de disposição física da coisa. Recai em objetos materiais.

ii) **O exercício do direito-** a posse de um direito se adquire pelo seu exercício (*usus*).⁴⁴

Não se pode, ao rigor, considerar a ocupação por invasão um dos modos originários. A quem se encontra na posição de dono acessório sem ser proprietário do solo nem, ter sua posse nos efeitos da aquisição titulada denomina-se denomina-se possessor. Esta condição não é de simples detentor ou mero possuidor, assemelhando-se a do titular de um direito de superfície, que o nosso ordenamento não conhece, definindo-se como um direito real consuetudinário.⁴⁵

b) Modo derivado- (tradição) quando há consentimento de precedente possuidor. Há três modalidades de tradição:

i) **Tradição efetiva (ou material)** - é a que se consuma com a entrega real da coisa.

⁴³ - Gomes, Orlando. Ob.Cit .p. 44

⁴⁴ - Código Civil, art 483.

⁴⁵ - Gomes, Orlando. Ob. Cit. p. 48

ii) *Ficta traditio* (ou simbólica) - a entrega material da coisa é substituída por atitudes, gestos ou atos, indicativos do propósito de transmitir a posse. Para que se opere basta que o adquirente possa dispor da coisa ou do direito.

iii) Tradição consensual- não se verifica a entrega real da coisa. Se resume em uma variação do *animus* – quem possui em nome alheio, passa a possuir em nome próprio, ou quem possui em nome próprio, passa a possuir em nome alheio. Divide-se em:

1. *Traditio brevi manu*- o possuidor em nome alheio passa a possuir a coisa em nome próprio.
2. *Constitutum possessorium*- o possuidor de uma coisa em nome próprio passa a possuir em nome alheio. O *animus domini* passa a ser *animus domini alieno*.⁴⁶

c) **Acessão da posse**- a posse pode ser continuada pela soma do tempo do atual possuidor com a de seus antecessores. Há duas espécies de acessão de posses:

i) **Sucessão**- Pelo Código, a continuação consiste na passagem da posse, que, de direito e sem necessidade de apreensão, se opera do defunto ao seu herdeiro por título universal, ao qual equipara a lei o legatário.

Da noção deduzem-se os corolários:

1. A continuação é necessária: opera-se, *ministério legis*, em virtude do só título de sucessão.
2. A posse do defunto incorpora-se a do herdeiro ou legatário com todos os seus caracteres, vícios e qualidades. A do defunto era de má-fé, de má-fé continua ela no herdeiro.

ii) **União**- Em nada é repugnante à natureza da posse a transferência convencional ou tradição, que, é coisa diversa da aquisição da

⁴⁶ - Gomes, Orlando. Ob.cit. p. 49

posse por apropriação unilateral⁴⁷. Entre o segundo e o primeiro possuidor deve haver uma relação jurídica.

d) Modos de perda da posse- a posse se perde quando não é conservada, quando não se mantém a continuidade. Considerando-se a posse como conjunção do *corpus* e do *animus*, pode-se dividi-la em:

- i) Perda pela ausência dos dois elementos: abandono e tradição;
- ii) Perda pela ausência do *corpus*: perda da coisa, destruição, posse de outrem, a coisa e posta fora de comércio.
- iii) Perda pela ausência do *animus*: *Constitutum possessorium*.⁴⁸

2.11 Efeitos da posse.

a) Efeitos principais.

- i) Direito aos interditos;
- ii) direito à percepção de frutos;
- iii) direito à indenização das benfeitorias úteis e necessárias;
- iv) direito de retenção pelo valor das benfeitorias úteis e necessárias;
- v) *jus tollendi* quanto às benfeitorias voluptuárias;
- vi) direito a usucapir a coisa possuída;

⁴⁷ - Fulgêncio, Tito. Ob. Cit. p. 75

⁴⁸ - Rodrigues, Silvio. Ob. Cit. p. 45-50

vii) direito à indenização dos prejuízos sofridos com a turbação ou o esbulho.

O Direito a usucapir é sem dúvida um dos efeitos mais importantes da posse, direito que, embora não se funde exclusivamente na posse, tem-na como seu elemento básico.

Dentre as várias formas de usucapião, uma em especial chama a atenção, tanto pelo fato de ser implementado apenas na atual Constituição, como também pelo relevo social do Instituto, permitindo que a classe menos privilegiada chegue à propriedade e à cidadania, é a usucapião pró moradia (art. 183 da Constituição Federal).

3 A USUCAPIÃO PRÓ MORADIA.

3.1 Conceito.

A mais antiga definição de usucapião parece ser de Ulpiano, no Frag. 19, § 8: *Usucapio est dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii*, sobre a qual assentou Modestino: *Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti*.⁴⁹

As demais definições dadas giram em torno da última, sendo de modo geral conceituado como “o modo de adquirir a propriedade pela posse continuada durante certo lapso de tempo, com os requisitos estabelecidos em lei.”⁵⁰

Têm sido consagradas no direito pátrio três sortes fundamentais de usucapião: a ordinária, a extraordinária e a *pró labore*. Distinguem-se as primeiras da última principalmente pelos fatos de nesta se abrandar o tempo necessário para que se chegue à propriedade e que torne a terra produtiva pelo trabalho. Em compensação, se estipula alguns itens em especial.

Tendo o art. 183 da Constituição Federal de 1988 instituído uma forma nova de usucapião para imóveis urbanos, com lapso temporal menor e requisitos especiais, tendem os autores a qualificar esta nova forma de aquisição originária da propriedade como uma espécie da usucapião *pró labore*, usando as denominações

⁴⁹ – Nequete, Lenine. Da Prescrição Aquisitiva (Usucapião). 2ª ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1970. p. 14

⁵⁰ - Gomes, Orlando. Direitos Reais. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 152

usucapião *pró labore* urbano⁵¹, usucapião constitucional urbano⁵², usucapião especial urbana⁵³, usucapião *pró moradia*⁵⁴, entre outros.

Frente às características e à função social imprimida a esta forma urbana de usucapião, possibilitando à classe social menos favorecida que chegue à propriedade com intuito de moradia familiar, inclinamo-nos a aceitar a nomenclatura de usucapião *pró moradia*.

3.2 Esboço Histórico.

Entende Pinto Ferreira que a usucapião posta no art. 183 da Constituição de 1988 é uma espécie da usucapião *pró labore*⁵⁵, se mostrando como descendente da modalidade rural que de muito já era conhecida nas nossas Constituições.

O Brasil, desde sua colonização, foi um país predominantemente agrícola. A maior parte da população concentrava-se no campo, onde era maior a demanda de força de trabalho para atender às necessidades da produção.

Com o objetivo de constituir e consolidar a pequena propriedade rural, legitimada pela posse e pela cultura, velhas bases da propriedade entre nós, desde as concessões de sesmarias e da lei de Terras de 1850, teve a usucapião *pró-labore*

⁵¹ – Bastos, Celso Ribeiro; Martins, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988) vol. VII. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 228

⁵² – Nascimento, Tupinambá Miguel Castro do. A Ordem Econômica e Financeira e a Nova Constituição. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 86

⁵³ – Rodrigues, Silvio. Direito Civil vol. V. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 115

⁵⁴ – Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 6ª ed. revista e ampliada de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 686

⁵⁵ – Ferreira, Pinto. Ob. Cit. p. 445

sua origem na Comissão do Anteprojeto, reunida no Itamarati sob a presidência de Afrânio de Melo Franco, sendo seu autor João Mangabeira⁵⁶.

Rezava o anteprojeto: “Aquele que, por cinco anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, possui um trecho de terra e a tornou produtiva pelo trabalho, adquire por isto mesmo a plena propriedade do solo, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença”. (Art.116).⁵⁷

A Constituição de 1934⁵⁸ introduziu em seu texto o instituto, com ligeiras modificações do texto acima, principalmente no que tange ao lapso temporal. As Constituições de 1937⁵⁹ e a de 1946⁶⁰ mantiveram-no em seus textos, o qual foi suprimido do corpo constitucional pela Carta de 1967 (EC nº 1/69)⁶¹, porém se mantendo o Instituto em norma infra constitucional.⁶²

⁵⁶ – Nequete, Lenine. Ob. Cit. p. 197

⁵⁷ – Lei nº 4.504 de 30 de novembro de 1964, vigorando sob a vigência da Constituição de 1946.

⁵⁸ – Art. 125 da Constituição de 16 de julho de 1934: “Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele a sua moradia, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória, devidamente transcrita.”

⁵⁹ – O art. 148 da Constituição de 10 de novembro de 1937 repetiu *ipsis verbis* o texto da anterior.

⁶⁰ – Constituição de 18 de setembro de 1946, art 153, § 3º: “Todo aquele que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra não superior a vinte e cinco hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele a sua moradia, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória, devidamente transcrita.”

⁶¹ – Art 171 da Constituição de 17 de outubro de 1969 (emenda nº1/69 à Constituição de 67) apenas determinou que a lei federal disporá sobre as condições de legitimação da posse e de preferência para a aquisição, até cem hectares, de terras públicas por aqueles que as tornem produtivas com seu trabalho e o de sua família.

⁶² – Estatuto da Terra, Lei nº 4504 de 30 de novembro de 1964, art. 98: “Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, tornando-o produtivo por seu trabalho, e tendo nele sua moradia, trecho de terra com área caracterizada como suficiente para, seu cultivo direto pelo lavrador e sua família, garantir-lhes a subsistência, o progresso social e econômico, nas dimensões fixadas por esta lei, para o modulo de propriedade, adquirir-lhe-á o domínio, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.”

A atual Carta Constitucional⁶³ voltou a lhe imprimir um *status* constitucional, introduzindo uma variante, sem antecedentes históricos, a usucapião pró moradia, destinada aos imóveis urbanos utilizados com intuito de moradia familiar⁶⁴, posto o gradativo aumento da população citadina.

Este inchaço das cidades se iniciou com o desenvolvimento industrial, a partir do terceiro quarto do século XIX, quando vieram as fábricas, que se tornaram um foco de captação de mão-de-obra atraindo a população da zona rural. Políticas ilusórias de fixação do homem no campo, há muito preconizadas, acabam se transformando em mais um empecilho para que este permaneça no campo, pois além de não terem acesso ao crédito subsidiado pelo Estado, acabam enfrentando os grandes produtores que se utilizam destes mesmos créditos para comprar as suas terras, ampliando os latifúndios.⁶⁵

Na metade deste século, 27% da população vivia nas cidades, este número, hoje, ultrapassa a 70%, e, segundo previsões, chegará a 90% em trinta anos.⁶⁶ A degradação atual dos grandes centros urbanos, o número de casas não apropriadas ou não regularizadas representam quase um terço de todos os lares, a cada dia terrenos são invadidos, casas construídas do dia para à noite, as cidades urbanas incham.

⁶³ – Art. 191 da Constituição de 5 de outubro de 1988: “Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.”

⁶⁴ – Constituição de 1988, art. 183: “Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.”

⁶⁵ - Lima, Terezinha Moreira. Invasores ou Invasidos? In: Revista de Serviço Social E Sociedade nº 7 ano III. 2ª reimpressão. Editora Cortez, dezembro de 1981. p. 36

⁶⁶ - Cf. Diário da Assembléia Nacional Constituinte – 20/08/87. p. 4721

A urbanização tornou-se um problema social, afetando a todos os países, por diversas razões, colhendo tanto as sociedades industriais como as em via de desenvolvimento.

Tal agravante, nas últimas décadas, mobilizou a sociedade no sentido de que fossem criados instrumentos capazes de minimizar os problemas urbanos, especialmente os relacionados com a falta de moradia.

A usucapião é a aquisição do domínio pela posse prolongada, na forma da lei, tendo como objetivo de acabar com a incerteza da propriedade, punir o proprietário relapso, assim como assegurar a paz social pelo reconhecimento da propriedade com relação àquela pessoa que de longa data é o seu possuidor.

3.3 Requisitos.

Pelo sistema tradicional do Código Civil, não há limitações quantitativas quanto à área usucapível, nem há necessidade de que o usucapiente dê certa destinação ao imóvel.

Na espécie urbana, por outro lado, há uma plêiade de restrições quanto à obtenção do domínio via usucapião, tais como limitação da área usucapível, exigência de certa destinação do bem, Etc..

Para que se efetive a usucapião devem concorrer três sortes de requisitos, que dizem respeito às pessoas interessadas, às coisas em que pode recair e à forma de sua constituição. Pode-se assim classificar em requisitos pessoais, reais e formais.⁶⁷

⁶⁷ - Gomes, Orlando. Ob. Cit. p. 154

3.4 Requisitos pessoais.

Trata-se, a usucapião, de uma forma de se adquirir a propriedade. Assim, se faz necessário que o adquirente seja capaz e que tenha qualidade para adquiri-la por este modo. Existem causas que impedem que se chegue à propriedade por este modo, algumas gerais a todas as formas de usucapião, outras especiais à tratada neste trabalho. Dentre as gerais, não ocorre a prescrição aquisitiva entre ascendentes e descendentes, entre marido e mulher, entre incapazes e seus representantes e no caso do condômino em relação ao bem comum.⁶⁸

Especificamente quanto à usucapião pró moradia exige-se que o possuidor não tenha ainda usado este instituto.⁶⁹ É também exigência constitucional que o possuidor não seja proprietário de outro imóvel, seja ele urbano ou rural.⁷⁰

Logicamente só é possível à pessoa natural usucapir, não se exigindo a nacionalidade brasileira, não existindo, no particular, qualquer distinção entre brasileiros e estrangeiros. Desta forma, a nacionalidade da pessoa física não se reflete na legitimação para a aquisição por esta forma de usucapião.⁷¹

Quanto ao que sofre os efeitos da usucapião, não se exige a capacidade⁷², podendo inclusive ser usucapidos bens de absolutamente incapazes.

Não pode como proprietário, porém, as Pessoas Jurídicas de Direito Público sofrerem os efeitos da prescrição aquisitiva.⁷³

⁶⁸ - Gomes, Orlando. Ob. Cit. Loc. Cit.

⁶⁹ - Constituição Federal, art. 183, § 2º

⁷⁰ - Art. 183 da Constituição Federal, *in fine*.

⁷¹ - Nascimento, Tupinambá Miguel Castro do. Ob. Cit. p. 86

⁷² - Gomes Orlando. Ob. Cit. p. 154

⁷³ - Constituição Federal, art. 183, § 3º

Nada impede que os compossuidores⁷⁴ exerçam este direito de forma conjunta, vindo a figurar como litisconsortes na ação de usucapião, de acordo com o inciso II do art. 12 do Estatuto da Cidade.

Pode também figurar como autor, na qualidade de substituto processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída e personificada, desde que explicitamente autorizadas pelos representados. (Art. 12, III, da mesma Lei).

3.5 Requisitos reais.

Alguns bens não são suscetíveis de prescrição, e neste caso especificamente os imóveis públicos, como salienta a Magna Carta. Deve ser seu objeto o imóvel urbano. É tormentosa a distinção entre este e o imóvel rural. Hely Lopes Meireles entende que o que os diferencia é a destinação. Os imóveis rurais destinam-se originariamente à agricultura ou à pecuária, podendo servir, também, à preservação da fauna, flora e outros recursos naturais. Já os urbanos, destinam-se precipuamente a edificação residencial ou a construções comerciais ou industriais.⁷⁵

Sob o ângulo do Direito Tributário, o art. 32 do *codex* traz a seguinte redação:

“Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do município.”

⁷⁴ - sobre a compossse p. 8 *supra*

⁷⁵ - Meireles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 463

§ 1º. Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal, observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos dois dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

I — meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;

II — abastecimento de água;

III — sistema de esgotos sanitários;

IV — rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

V — escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

§ 2º. A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas no parágrafo anterior.”⁷⁶

Porém sob o ângulo do direito urbanístico, entende-se como propriedade urbana aquela que tem por objeto o solo urbano e as edificações erigidas sobre ele, onde é dado ao solo um destino urbanístico, entendendo-se este como a ordenação do terreno e a sua predestinação a uma das funções urbanísticas — habitação, circulação, recreação, Etc..⁷⁷

⁷⁶ - Código Tributário Nacional, art.32.

⁷⁷ - Silva, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. São Paulo: RT, 1982. p. 101

Para o uso da usucapião *pró moradia*, entendemos ser o melhor caminho à distinção entre imóvel urbano e rural o exame sob os dois pontos de vista, onde, se atendido aos requisitos de um ou ambos deve-se considerar o imóvel como apto a ser objeto do Instituto.

A área usucapível não pode ser superior aos duzentos e cinquenta metros quadrados. Discute-se porém se deve prevalecer a área do terreno ou a área construída. Sem dúvida a intenção do legislador constituinte ao criar esta variante da usucapião *pró labore* aos imóveis urbanos, foi pacificar as relações sociais. É socialmente conveniente dar estabilidade e segurança à posse, permitindo que esta se torne propriedade, consolidando a relação fática existente. Porém não se pode para tal permitir a criação de aberrações onde se permita usucapir um edifício pelo fato de estar este construído em área inferior aos duzentos e cinquenta metros quadrados. No tocante ao assunto, reporta-se aos comentários de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins⁷⁸:

“Para nós, a área urbana a que se refere a Constituição deve ser entendida tanto em razão do terreno quanto da construção. Não tendo feito o Texto Constitucional discriminação entre uma e outra, é óbvio que quis englobá-las. É de inteira aplicação aqui o brocado segundo o qual onde o Texto não distingue não é lícito ao intérprete distinguir. Outrossim, é preciso levar em conta a teleologia da cláusula que foi a de proteger aqueles que detenham a posse de porções moderadas de áreas urbanas. E não ser a fonte de criação de novos magnatas citadinos. É fácil entender-se que num terreno de duzentos e cinquenta metros quadrados pode alçar-se uma edificação de proporções consideráveis. Desatende, por completo, as preocupações sociais do preceito, o admitir-se que ele tenha esse alcance. Ademais, agride o instituto da propriedade sem uma justificativa legítima de proteger o pequeno proprietário em formação. A inteligência correta dos limites usucapíveis com fundamento nesse preceito é o de que o imóvel não poderá ter mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, seja de terreno, seja de área construída. Prevalece o que for maior. Assim, cai dentro do instituto em causa o terreno que tenha duzentos e cinquenta metros quadrados cuja área construída não exceda esse limite. Frise-se: esta área construída dentro do limite máximo de duzentos e cinquenta metros quadrados não configura uma área autônoma a ser somada à do

⁷⁸ - Bastos, Celso Ribeiro... Ob. Cit. p. 231

terreno. Isto porque não pode haver o usucapião do simples terreno, uma vez que a Constituição exige moradia do usucapiente ou de sua família. Portanto, desde que não ultrapasse os limites de duzentos e cinquenta metros quadrados da área do terreno, a construção está abrangida pelo benefício constitucional. Quer se considere o terreno, quer se considere a construção, não se chega a um excesso relativamente ao limite constitucional. No caso, entretanto, de a área construída sobreexceder os duzentos e cinquenta metros quadrados não há, em nosso modesto entendimento, qualquer possibilidade de enquadrá-la no usucapião urbano especial. Estaríamos, sem dúvida, diante de propriedade urbana cuja área seria superior aos limites constitucionais.”

Questão de grande relevo é a possibilidade de usucapir apartamentos, a partir do mandamento constitucional. A propriedade horizontal, também denominada condomínio em edifícios - possui natureza jurídica complexa, distinta da propriedade comum.

Os fundamentos que justificam a existência dessa espécie condominial e os princípios pelos quais são regidos são díspares daqueles que regem a comunhão *pró indiviso* tradicional.

As faculdades dos condôminos do prédio dividido em apartamentos não traduzem um poder jurídico sobre a coisa toda; implicam a utilização em comum tão-somente das partes necessárias à "soldadura da comunhão" conforme Caio Mário.⁷⁹

Dentro do condomínio cada apartamento ou unidade é autônoma em relação ao todo, tendo seu titular a propriedade exclusiva.⁸⁰ Existindo a propriedade, e por conseguinte a posse, entende-se ser possível a usucapião da unidade autônoma. Lição esclarecedora nos dá Caio Mário:

“Aqui o entendimento da questão facilita-se com o deslocamento para o usucapião ordinário: com justo título e boa-fé (e.g., aquisição *a non domino*), o possuidor, por 10 ou 15 anos cumpridos, tem a posse mansa da unidade. Ao fim desse tempo, o estado de fato converte-se em situação

45 ⁷⁹ - Pereira, Caio Mario da Silva. Propriedade Horizontal. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p.

⁸⁰ - Pereira, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 171

jurídica e opera-se a sua prescrição aquisitiva. E como esta é indissoluvelmente vinculada à fração ideal do terreno e partes comuns, operando o usucapião do apartamento, ocorre *ipso facto* a aquisição da fração ideal do terreno e partes comuns do edifício.”⁸¹

Ora, em podendo ser objeto de usucapião tradicional, nas formas previstas pelo Código Civil, nada impede que o seja também objeto de usucapião constitucional.

Neste caso, a área a ser computada é a do apartamento e não a da "fração ideal" a ele correspondente. Com efeito, a "fração ideal", largamente empregada nos condomínios horizontais, é simples ficção da lei⁸², visto que as unidades autônomas localizados nos condomínios de apartamentos não ocupam, em verdade área de solo indicada pela fração ideal.

Assim, em relação aos apartamentos, conclui-se que, em razão da impossibilidade de usucapir-se a área de terreno que lhe é correspondente - a "fração ideal" -, usucape-se o apartamento e, por conseqüência, a "fração ideal": *accessorium sequitur principale*.

Outra questão que vem à tona é a possibilidade de usucapião de parte da área ou coisa comum, por estranho ao condomínio. Não sendo o possuidor condômino, não se aplica a regra posta pela doutrina de que não ocorre a prescrição aquisitiva enquanto existir a comunhão. Desta forma, entende Caio Mário ser possível a usucapião extraordinária se ocorridos os seus requisitos⁸³, pois é uma forma de punição para os co-proprietários pela sua inércia em expulsar o invasor.

Em sendo possível a forma tradicional da usucapião, não vemos obstáculos à forma posta na Constituição, desde que concorram seus requisitos.

⁸¹ - Condomínio e Incorporações...cit. p. 116

⁸² - Lei nº 4.591/64, art 1º, § 2º: "A cada unidade caberá, como parte inseparável, uma fração ideal do terreno e coisas comuns, expressa sob a forma decimal ou ordinária"

⁸³ Pereira, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. Cit. p. 115

3.6 Requisitos formais.

Como qualquer forma de usucapião, dois elementos são fundamentais na prescrição aquisitiva: o tempo e a posse.⁸⁴

A posse, que se traduz em elemento fundamental ao Instituto, deve ser exercida ininterruptamente e sem oposição. A boa-fé é totalmente irrelevante, entendendo alguns que não tem importância o fato de ser a posse justa ou injusta.⁸⁵

Porém parece contrário ao direito, e ao próprio espírito da lei —pacificar as relações sociais, aceitar para a utilização do Instituto a posse eivada com os vícios da clandestinidade, violência ou precariedade. A pacificidade corresponde à inexistência da violência, enquanto que a publicidade da posse se antepõe à clandestinidade.⁸⁶ Quanto à precariedade, entende-se que esta sequer induz à posse, pois se traduz em atos de mera permissão ou tolerância, que acabam por se tornar atos de quebra de confiança.⁸⁷

A posse deve ser *animus domini*, ou seja, para ser tido como possuidor de uma coisa, convém necessariamente que o que a detém se comporte a seu respeito como proprietário, isto é, que ele pretenda dispor dela de fato como um proprietário teria a faculdade legal de fazê-lo em virtude de seu direito, o que implica, principalmente, a recusa de reconhecer em outrem qualquer direito superior ao seu.⁸⁸

⁸⁴ - Pereira, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil vol. I. 6º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 585

⁸⁵ - Bastos, Celso Ribeiro... Ob. Cit. p. 228

⁸⁶ - Fachin, Luiz Edson. Ob. Cit. p. 43

⁸⁷ Rodrigues, Silvio. Ob. cit. p. 29

⁸⁸ - Alves, José Carlos Moreira. Posse – Estudo Dogmático vol.II tomol. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.58

Se a boa-fé é irrelevante, o mesmo não se dá com a necessidade de ser ela mansa e pacífica. Este conceito deve ser jurídico, ou seja, só há oposição se houver uma medida adequada e tempestiva com força jurídica para caracterizar a insurgência do proprietário.⁸⁹

Deve a posse ser ininterrupta, contínua. Esta continuidade se traduz quando os atos possessórios não apresentam omissões ou falhas, da parte do possuidor. Se este deixa de gozá-la, para vir a fazê-lo após um tempo maior ou menor, a posse se qualifica como descontínua.⁹⁰

Em face do caráter estritamente pessoal e benéfico da modalidade urbana da usucapião, entende-se intransferível a posse para efeitos de prescrição aquisitiva, com exceção do caso de usucapião coletiva, onde se autoriza a união de posses.⁹¹ (§ 1º, Art. 10, Lei nº 10.257/2001)

Ao contrário do que ocorre nas formas tradicionais de usucapião (Código Civil, art. 552), a cessão da posse em favor do sucessor singular não é admissível na modalidade singular, que requer a posse pessoal durante todo o lapso prescricional.

Tal vedação não se aplica à *sucessio temporis*, que pode incidir parcialmente. Como acentua Celso Bastos, em caso de imóvel ocupado por família, os prazos do antecessor e do sucessor podem ser somados. Isso na hipótese de parte da família vir morar, *a posteriori*, no imóvel primitivamente ocupado por um ou alguns de seus membros, antes de aberta a sucessão⁹². O próprio dispositivo legal que regulamentou a usucapião constitucional afirma esta possibilidade.⁹³

⁸⁹ - Bastos, Celso Ribeiro... Ob. Cit. p. 230

⁹⁰ - Nequete, Lenine. Ob. Cit. p. 101

⁹¹ - sobre união de posses p. 14 supra.

⁹² - Bastos, Celso Ribeiro... Ob. Cit. p. 234

⁹³ - Lei nº 10.257/2001, art. 9º, § 3º.

O prazo é de cinco anos, contando-se por dias, e não momento a momento. Aplicam-se a essa contagem as regras gerais que definem o início e o término e conceituam as unidades de tempo.⁹⁴

A Carta Constitucional traz mais um requisito, denotando a função social do Instituto, que é a exigência de que a utilização do bem a ser usucapido seja a moradia própria ou da família. A função social alcança tal magnitude no moderno direito de propriedade, que se entende que esta atinja o próprio regime de atribuição do direito e o seu exercício. Nesta linha, a função social da propriedade urbana abarca a própria legitimação para a situação jurídica de proprietário, e procura harmonizar os interesses sociais e os interesses particulares, através da ordenação do conteúdo e do direito.⁹⁵

Assim, se o proprietário mantém o imóvel sem uma utilização efetiva, sem dar uma destinação econômica ao bem, vai plenamente ao encontro do espírito da Constituição cidadã o direito de se usucapir o bem para destinar-lhe um fim socialmente relevante — a habitação familiar.

3.7 A Usucapião Coletiva.

Trouxe a Lei nº 10.257/2001, em seu art. 10,⁹⁶ a possibilidade da usucapião coletiva, por parte dos compossuidores,⁹⁷ naquelas áreas superiores a 250 m², onde não é possível precisar área ocupada por cada morador.

⁹⁴ Gomes, Orlando. Ob. Cit. p. 156

⁹⁵ - Francisco, Caramuru Afonso. A Propriedade Urbana na Nova Ordem Constitucional, *in* A Propriedade e os Direitos Reais na Constituição de 1988 (Carlos Alberto Bittar- coordenador). 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p.35

⁹⁶ - "Art. 10 As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptos e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural."

Estas áreas de habitação em comum, por vezes chamadas de cortiços, são locais onde se instalam vários núcleos familiares vivendo em comum, ou com alguma privacidade, porém sem exercer a posse exclusiva, senão em forma conjunta, sem que um se sobreponha à posse dos outros.

Estes locais são constituídos ora de uma edificação em comum, ora múltiplas edificações, porém com uma área de terreno em comum, utilizada por todos.

Sendo de uma ou outra forma, é difícil a identificação da área efetivamente ocupada por cada núcleo familiar. Frente a esta dificuldade, trouxe o legislador infra constitucional a possibilidade de se usucapir coletivamente estas áreas, cabendo quanto aos requisitos as mesmas observações, *mutatis mutandi*, feitas à forma singular do Instituto.

Não menciona o referido dispositivo legal a possibilidade de a fração ideal da área ser superior 250m². Entendemos que pela característica extremamente benéfica do Instituto, e pelas facilidades em face das formas tradicionais, a usucapião pró moradia não pode servir como instrumento de formação de “latifúndios” urbanos, visando esta, sim, promover a possibilidade de moradia à população de baixa renda.

A forma de ingresso ao Judiciário, para o pleito da usucapião, pode ser feita através de Associação de moradores, se atendidos aos requisitos legais⁹⁸, na forma de substituto processual, ou os próprios compossesores, na forma de litisconsortes. Pode aparentar, em um primeiro exame, que o litisconsórcio deva ser

⁹⁷ - sobre composses p. 8, *supra*

⁹⁸ - Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, art. 12. III.

unitário⁹⁹, porém, analisando-se as possibilidades fáticas do ingresso coletivo, se chega à conclusão de que o litisconsórcio é simples, porém necessário¹⁰⁰.

Pode, na situação fática da composse, existirem compossuidores já proprietários de outros imóveis, p. e., o que impediria este de ser beneficiado pela usucapião *pró moradia*, porém não se impedindo de que a sentença a declare em favor dos demais compossuidores.

Entende-se que é necessário em face da vedação constitucional de se fazer uso do instituto para áreas superiores aos 250m² mencionados, sendo que se esta for possuída *pró indiviso* por mais de uma pessoa ou família, o caminho será necessariamente a da usucapião coletiva.

Diferente será a situação em que seja possível a identificação da área ocupada por cada pessoa ou família, dentro de uma área maior que o estipulado na Lei¹⁰¹. Neste caso, é facultativo o litisconsórcio, que é expressamente autorizado na Lei, tendo a característica, também, de litisconsórcio simples.

Na sentença o Juiz determinará a fração ideal do terreno a cada família, que será igual, salvo convenção em contrário entre os usucapientes.

Depois de declarada a usucapião, um condomínio se formará, e, segundo o § 4º do art. 10 do Estatuto da Cidade, este terá como características a indivisibilidade e não será passível de extinção, salvo deliberação em contrário de no mínimo 2/3 dos condôminos, e se tiver ocorrido urbanização do local usucapido.

Neste ponto, pela sua indivisibilidade, aproximou-se esta forma especial do condomínio em edifícios, pois este também se mostra indivisível.¹⁰²

⁹⁹ - Litisconsórcio unitário é aquele em que se exige uma decisão que resolva a relação jurídica de modo uniforme para todos os litisconsortes. (Santos, Moacyr Amaral. Ob. Cit. p. 9)

¹⁰⁰ - Litisconsórcio necessário é aquele que não pode ser dispensado, nem mesmo por acordo geral dos litigantes. Litisconsórcio simples é aquele em que a decisão, embora proferida no mesmo processo, pode ser diferente para cada um dos litisconsortes. (Teodoro Jr., Humberto. Curso de Direito Processual Civil vol. I. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 106)

¹⁰¹ - Art. 12, I, Lei nº 10.257/2001.

¹⁰² - Pereira, Caio Mario da Silva. Condomínio e Incorporações. cit. p. 211

Em verdade, para que se extinga o condomínio, são necessários a concorrência dos dois requisitos, e não de um ou outro.

Não define a Lei se a decisão pela extinção deva ser tomada por deliberação de 2/3 dos presentes à reunião ou 2/3 de todos os condôminos.

Examinando-se mais detidamente ao texto legal, lê-se no § 5º do Estatuto da Cidade: “As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos **presentes**... .”(Grifamos).

Fazendo-se a exegese do parágrafo anterior, nos parece lógico que a decisão pela extinção deva ser tomada por 2/3 de todos os condôminos, pois se fosse em contrário a intenção do legislador este se manifestaria explicitamente, como no parágrafo transcrito.

Já para que haja a urbanização do local, entendemos que devam ser feitas melhorias, como construção de vias de circulação, implantação de rede de água, energia elétrica, captação de esgoto, merecendo, ao nosso ver, ser classificado como urbanizado o local em que atenda as características supra mencionadas, *mutatis mutandi*, quando se tratou de diferenciar imóvel rural e urbano.¹⁰³

Quanto às deliberações tomadas na administração do condomínio, silencia a Lei se deve ser por maioria simples ou qualificada. Dúvidas também surgem no sentido de se saber se cada habitação ou núcleo familiar teria direito a um voto, ou se os votos computados seriam de todos os presentes, mesmo que mais de um por núcleo familiar.

Quanto à primeira questão, parece ser por maioria simples, pois caso o legislador quisesse quorum qualificado o teria estipulado explicitamente, como fez no caso da extinção do condomínio. Porém nada impede que se fixe na convenção do condomínio quorum qualificado para determinadas matérias de maior interesse.

Quanto ao segundo ponto, a própria Lei determina que na sentença o juiz atribua igual fração ideal do terreno aos usucapientes. Sendo assim, nos parece ir

¹⁰³ - supra p. 23

ao encontro do espírito da lei crer que cada núcleo familiar ou habitação, no caso de serem perfeitamente divididas, devem ter um voto, já que tem a mesma “quantidade” de direito sobre o todo, pois caso contrário, se desequilibraria as ponderações em favor das famílias mais numerosas.

3.8 Procedimento.

O dispositivo que versa sobre usucapião urbano na Constituição não tratou da disciplina procedimental a que seriam submetidos os pleitos visando à declaração do domínio.

A Lei 10.257/2001, em seu art. 14 determinou que o rito procedimental a ser seguido nas ações de usucapião pró moradia deve ser o sumário, nos aparentando ser possível aplicação subsidiária das normas gerais referentes à usucapião tradicional, no que for cabível, quais sejam, as inseridas nos arts. 941 a 945 do Código de Processo Civil.

O art. 13 da referida andou no mesmo sentido da doutrina e jurisprudência quanto à usucapião tradicional, autorizando-a ser utilizada em matéria de defesa. Em relação à forma tradicional do Instituto “a matéria é pacífica na jurisprudência, tanto que foi objeto da Súmula 237: o usucapião pode ser argüido em defesa. A usucapião pode ser oposta como defesa, independentemente de sentença anterior que a declare.”¹⁰⁴

Entende-se que o momento processual adequado a esta manifestação é a contestação, pois “a não ser aquelas poucas defesas processuais que devem ser

¹⁰⁴ - Fachin, Luiz Edson. Ob. Cit. p. 49

suscitadas por via exceptiva (CPC, art 304), todas as demais cabem e deverão ser apresentadas na contestação”.¹⁰⁵

A sentença que reconheça a usucapião argüida em matéria de defesa vale como título para registro no cartório de registro de imóveis, consoante a Lei.

A intervenção do Ministério Público é obrigatória, nos aparentando estar aí exercendo a função de fiscal da lei.

Mais um ponto de relevo traz a Lei, reafirmando a tendência do direito de dar importância ao social: a gratuidade da justiça, da assistência judiciária e do registro do imóvel.

Parece ter o legislador caminhado no sentido de oferecer uma possibilidade real de exercício da cidadania, abrindo um caminho entre a norma e a sua efetiva aplicação, principalmente com o implemento da Defensoria Pública. Porém cumpre ressaltar alguns pontos.

O discurso neoliberal de liberdade, igualdade, justiça social e cidadania, aliado à criação da Defensoria Pública, traz a ilusão da existência de uma sociedade justa, na medida em que se promoverá a defesa dos direitos dos despossuídos.

Marcha, no entanto, esta Instituição, a passos lentos, não acompanhando o compasso das demandas, as quais acabam sendo encaminhadas às Instituições de Ensino Superior que prestam serviços gratuitos na área jurídica. Estas, por sua vez, acabam por não conseguir sustentar a transferência de responsabilidade por parte do Estado¹⁰⁶, na medida em que não é esta a sua função institucional.

Desta forma acaba por se criar um paradoxo: a Lei, ditada pelo Estado, diz que este deve promover a assistência judiciária gratuita, por outro lado, o mesmo Estado não providencia os meios materiais para a efetivação da Lei que ele próprio ditou.

¹⁰⁵ Santos, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil vol. II. 12ª ed. atual. Nos termos da CF de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 207

¹⁰⁶ - Barboza, Vanir Maria Carneiro. Ob. Cit. p. 47

Isto nada mais é do que um reflexo do modo de produção capitalista, em que este determina a estrutura das instituições, tendendo estas a se organizar de forma a perpetuar a ordem estabelecida pela classe hegemônica.¹⁰⁷

3.9 Efeitos.

O principal efeito da usucapião é transferir ao possuidor a propriedade da coisa. O parágrafo primeiro do artigo cento e oitenta e três da Constituição Federal fala em conferir a concessão de uso e o título de domínio, o que é comentado por José Afonso da Silva:¹⁰⁸

“Na verdade, não é o título de domínio e a concessão de uso, mas um ou outra, porque são Institutos excludentes. Aliás, a bem da verdade, a concessão de uso não tem cabimento no caso. Pois o usucapião é modo de aquisição da propriedade e não meio de obter mera concessão de uso.”

Na verdade esta falta de precisão do texto Constitucional foi corrigida pela legislação infra-constitucional que regulamentou o assunto. O parágrafo primeiro do artigo 9º da Lei 10.257/2001¹⁰⁹ trouxe a seguinte redação:

“Art 9º...

§ 1º. *O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.*”

¹⁰⁷ - Barboza, Vanir Maria Carneiro, Ob. Cit. p. 98

¹⁰⁸ Silva, José Afonso. Ob. Cit. p. 687

¹⁰⁹ - Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001.

A questão referente à concessão de uso foi disciplinada na seção VI da referida Lei, seção esta que, infelizmente para a classe excluída, foi vetada.

3.10 Considerações Finais.

O êxodo rural, fato cada vez mais acentuado com gradativa mecanização das culturas agrícolas, faz com que ocorra o inchaço dos grandes centros urbanos, levando cada vez mais pessoas ao subemprego. A crise habitacional, na sociedade capitalista, resultado da não possibilidade de compra ou de pagamento de aluguel por grandes parcelas da população, não pode ser vista como um problema conjuntural ou uma simples questão de equilíbrio entre a oferta e demanda. Trata-se de uma defasagem estabelecida entre a necessidade social de habitação e a produção de moradias e equipamentos regulados por leis economicistas de desenvolvimento.¹¹⁰ Nesse meio, surge a invasão, fruto da miséria e descaso, fazendo proliferar favelas e outras formas de sub habitação, onde a posse é o único direito.

Em meio a este contexto surge um novo mecanismo com intuito de permitir que se chegue à propriedade, pacificando pela ação do tempo, as relações já estabilizadas.

O lapso temporal decorrido desde a promulgação da Constituição é ainda muito pouco para que se faça uma análise das conseqüências e resultados dessa nova modalidade de prescrição aquisitiva, sobretudo quando se leva em conta que as modificações no Direito Civil são de demorada assimilação.

Todavia, em face do número de demandas em curso, que versem sobre o tema, podemos concluir que a população, quiçá por desconhecimento, parece não

¹¹⁰ - Lehfeld, Neide A. de Souza. A Política Habitacional Brasileira—alternativas de reequacionamento. *In*: Revista de Serviço Social e Sociedade nº11, ano IV, Cortez editora, abril de 1983. p. 9

ter despertado para essa nova realidade, nem para a utilidade desse benefício constitucional, como instrumento através do qual se poderá alcançar a verdadeira cidadania.

Através da aplicação apropriada do Estatuto da Cidade, que regulamentou o art. 183 da Constituição, a usucapião pró moradia certamente servirá de vereda eficaz e precisa para a consecução dos vetores constitucionais que têm na função social o repertório da esperança da sociedade na erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais (CF, art. 3, III).

4 POSSE E PROPRIEDADE, UMA QUESTÃO SOCIAL.

4.1 Noções Preliminares.

A posse é talvez um dos primeiros direitos que o homem passou a exercer quando deixou de viver em estado natural e se transformou em um ser social. A posse de seus objetos, da sua comida, e mais tarde de seu território, Como corolário desta veio a propriedade, e, mais tarde, a apropriação das terras pelos poderosos concentrou a propriedade na mão de poucos enquanto muitos são excluídos.

Este fator se tornou um problema social, com a falta de habitação para a maioria despossuída. A usucapião, talvez, tenha surgido para punir o proprietário relapso, talvez para acabar com a incerteza quanto à propriedade, mas sem dúvida exerce um papel de extrema relevância quando pacifica as relações sociais já estabilizadas pelo tempo, levando à propriedade aqueles que sem o Instituto talvez jamais a tivessem.

Neste sentido, sem dúvida, vem o instituto da usucapião a dar efetividade à função social da propriedade, sendo um meio de garantir a esta uma destinação de relevo junto à sociedade.

4.2 A questão axiológica da posse e propriedade.

O princípio do direito à propriedade privada conduziu o homem a um estado de escravatura e criou a desigualdade. O homem ficou escravo do dinheiro,

da ambição e dos poderes que a riqueza proporciona.¹¹¹ Assim, começou a estender o poder sobre a propriedade de forma egoística. Antes, “propriedade” e “individual” andavam lado a lado, conjuntamente, identificando-se.¹¹² O proprietário era quase senhor absoluto da coisa, pouco ou nada interferindo o Estado no que toca ao seu uso. Porém tende o Direito a modificar esta visão individualista, voltando o instituto ao social.

Ensina a Teoria Geral do Direito que o direito não é só a lei, é fato, valor e norma¹¹³. Quando se trata de falar de posse ou propriedade imóvel, também aqui o direito, para ser reconhecido como direito, tem que atender aos três requisitos: fato, valor e norma.

A questão axiológica (o valor no direito de propriedade ou na posse) é bastante tormentosa. Contudo, por incrível que possa parecer, a opção valorativa é absolutamente clara.

Quando se trata do direito de propriedade, entre defender o valor individual e defender o valor social, o direito brasileiro fez uma opção clara: defendeu o valor social.

¹¹¹ - Barbosa, Vanir Maria Carneiro. A (Re)construção da Identidade Profissional do Assistente Social: Um Desafio Ético-político na Área da Assistência Judiciária Gratuita. Monografia apresentada ao Curso de Pós-graduação em Metodologia do Serviço Social. Universidade do Contestado, Canoinhas 1999. p. 29

¹¹² - Cretella Júnior, José. Comentários à Constituição de 1988 vol. I. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 300

¹¹³ - Miguel Reale *in* Lições Preliminares de Direito. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 65 leciona sobre essas dimensões do Direito: “Nas últimas quatro décadas o problema da tridimensionalidade do Direito tem sido objeto de estudos sistemáticos, até culminar numa teoria, a qual penso Ter dado uma feição nova, sobretudo pela demonstração de que:

- a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica, etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos aos outros, o fato ao valor;
- b) tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta;
- c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram.”

É por isso que a Constituição Federal, artigo 5º, no inciso XXII, garante o direito de propriedade, mas no inciso em seguida, o XXIII diz que "a propriedade atenderá a sua função social".

4.3 A Função Social.

Além da propriedade, também para posse costuma-se estender o requisito da função social. Porém cabe a indagação: o que é função social? Cumpre primeiro deixar claro que o conceito não é pético. A função social da propriedade se modifica com as mudanças na relação de produção. E toda vez que isto ocorre, há uma transformação na estrutura interna do conceito de propriedade,¹¹⁴ surgindo nova concepção sobre a sua função social. O melhor entendimento para o atual momento histórico, tanto aplicável à propriedade, como à posse, parece ser no sentido de que o exercício destes direitos devem rumar de encontro com o bem-estar social; se é contra o bem-estar social, tem de ser desaprovado, pois não atinge o bem comum.

Entende-se que a função social relaciona-se com o *uso* da propriedade, alterando, por conseguinte, alguns aspectos pertinentes a essa relação externa que é o seu exercício, se traduzindo no modo com que são exercitadas as faculdades ou os poderes inerentes ao direito da propriedade.¹¹⁵

A definição de função social está diretamente ligada ao bem-estar social. Em termos axiológicos, cresceu a importância do social frente ao individual, visto a natureza da atual Lei maior, que visa a dignidade humana como seu pilar de sustentação, conforme seu artigo 1º. Parece ser acertado o entendimento de Jacques Távora Alfonsin, onde este traça um paralelo entre função social e limites

¹¹⁴ - Silva, José Afonso da. Ob. Cit. p. 249

¹¹⁵ - Fachin, Luiz Edson. Ob. Cit. p. 16

ao exercício do direito sobre a coisa em face das necessidades alheias — (**função**, para que, **social**, para quem).¹¹⁶

Tenta a lei, também, conceituar a função social, mais especificamente à propriedade urbana: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta lei.”(Lei nº 10.257/2001, art. 39)

O conteúdo do princípio basilar obriga a propriedade a cumprir o seu papel social, voltado para a dignidade da pessoa humana e para a igualdade do proprietário com terceiros não proprietários.

Assim, é lícito interpretar dos termos da Constituição que o direito de posse e propriedade existem e devem ser garantidos e protegidos. Contudo, somente quando é atendida a função social merecerá a garantia e a proteção.

4.4 A Justiça é Cega?

O aumento dos distúrbios possessórios, os assassinatos e dramas provocados pelas disputas de terras no Brasil fazem qualquer observador da cena brasileira — jurista ou leigo — indagar se as decisões e ordens judiciais, cumpridas toscamente país afora, são adequadas, bem como se a legislação brasileira, sobre propriedade de terras é suficiente e apropriada às peculiaridades nacionais, e em sendo suficiente se é corretamente aplicada.

A teoria possessória é, sem dúvida, bela e intrigante. Porém a sua aplicação de forma pura, como se se estivesse a analisá-la abstratamente, não é cabível em uma sociedade feita de seres humanos, com suas virtudes e fraquezas.

¹¹⁶ - Alfonsin, Jacques Távora. Ob. Cit. p. 98

O conservadorismo dos nossos Tribunais e a falta de visão social das instâncias inferiores, fazem apenas agravar a situação sócio-econômica da classe excluída, tomando um conhecimento teórico puro e o colocando de forma casta à prática cotidiana do local em que vivem. Na verdade, esta forma de aplicação do conhecimento nada mais é do que um ranço do positivismo de Augusto Comte, onde se considera o conhecimento científico o corretivo das idéias comuns da sociedade, onde a teoria passa a ter um papel de comando sobre a prática dos homens, que devem submeter-se aos critérios e mandamentos do teórico antes de agir.¹¹⁷

Quando se entra no campo ético, e conseqüentemente se esbarra na questão social, tentando-se examinar a carga de justiça nas decisões deve-se adentrar sempre ao campo ideo-político dominante, pois consciente ou inconscientemente o legislador e o aplicador do Direito operam de forma ideologizada no trato da matéria jurídica.¹¹⁸ Assim, quando se pensa em fazer justiça, deve-se aplicar a norma de forma a beneficiar o mais fraco, o excluído, a grande massa despossuída, pois os aliados do Estado já tem força suficiente e não precisam de mais um coligado.

4.5 O Ônus da Função Social na Posse e Propriedade.

Nas discussões acadêmicas fala-se em "possuidor", "interdito possessório" e "servo na posse". Mas no Brasil das invasões é mais comum se falar em "posseiro", "jagunço" e "líder comunitário", como tristes sinônimos aos termos eruditos que enchem as bocas dos nobres doutos. "Há uma proliferação de miseráveis, vivendo de forma sub humana, quando há recursos disponíveis para

¹¹⁷ - Chauí, Marilena de Souza. O que é Ideologia. 24ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987. p. 27

¹¹⁸ - Barboza, Vanir Maria Carneiro. Ob. Cit. p. 42

lhes proporcionar uma vida decente, enquanto uma pequena minoria da população vive numa sociedade de desperdício e morre de abundância.”¹¹⁹

Dentro deste macabúzio cenário impera o individualismo da propriedade como legado do combalido código filho das ordenações. Ainda que se tenha introduzido a função social da propriedade como uma hipoteca social a pesar sobre a propriedade privada,¹²⁰ é comum o descaso, o não uso e o sub uso da propriedade, demonstrando claramente o desleixo com a justiça social.

Neste contexto surge a posse, como resgate da função social a que deveria cumprir a propriedade. Uma forma de punir o proprietário desleixado, aplicando a premissa constitucional, é com a perda da posse. Particularmente no que tange aos procedimentos de ações possessórias (*C.P.C. art. 920*), que sempre foram utilizados nas questões de disputas de terras e terrenos urbanos, devem agora ser aplicados conjugados com o dever de função social da propriedade.

Portanto, por aplicação direta do art. 5º, XXIII, da Constituição¹²¹ ao proprietário que não cumpre o dever de função social não há direito à proteção possessória estatal especial.

Processualmente falando, pode-se dizer que, no regime da função social da propriedade, o pedido de reintegração de posse formulado pelo proprietário de imóvel sem aproveitamento deve seguir o rito ordinário. Em outras palavras, ao proprietário desleixado não cabe a defesa da posse com a movimentação do Judiciário em regime especial ou de urgência.

O Código de Processo Civil, de 1973, já impunha o rito ordinário ao possuidor relapso que defendia a sua posse passado o prazo de um ano e dia da invasão (*C.P.C., art. 924*).

¹¹⁹ Santos, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na pós-modernidade*. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 1997. p. 43

¹²⁰ - Silva, José Afonso da. *Ob. Cit.* p. 250

¹²¹ - art. 5º, XXIII “A propriedade atenderá a sua função social”

O Código só prevê essa hipótese. Porém a legislação processual é de 1973, onde era ainda mais forte o individualismo, ao passo que a Constituição é de 1988, e o dever de função social da propriedade tem aplicação imediata, sem necessidade de regulamentação.¹²²

Assim, adotado o rito ordinário em relação à propriedade *sem função social*:

- a) não é cabível liminar de reintegração ou manutenção de posse (C.P.C., art. 928);
- b) b) não é cabível preceito proibitório (C.P.C., art. 932);
- c) c) tampouco deve ser julgada procedente "justificação de posse" (C.P.C., art. 929), pois o objeto desta audiência de justificação são os requisitos gerais da defesa possessória (C.P.C., art. 928).

Ainda que se use o rito ordinário não deve se admitir tutela antecipada (C.P.C., art. 273). O impedimento decorre da idéia simples de que, se o imóvel não é utilizado adequadamente pelo proprietário, não há porque se lhe deferir a posse do bem no curso do processo. Eventual invasão e ocupação, por terceiros, de terras ou terrenos sem uso aconteceram exatamente em razão de não ter dado o proprietário destino e utilização apropriada ao imóvel quando isto era possível.

Porém estas medidas estão ainda um tanto longe da realidade, principalmente pela falta de uma consciência voltada para o social, por parte dos aplicadores do Direito, relutantes em se por contrários aos interesses da classe hegemônica, implicitamente postos no ordenamento jurídico.

¹²² - José Afonso da Silva, ob.cit. p. 250, explica a aplicabilidade imediata da norma: "A norma que contém o princípio da função social da propriedade incide imediatamente, é de aplicabilidade imediata, como são todos os princípios constitucionais. A própria jurisprudência já o reconhece. Realmente afirma-se atese de que aquela norma tem plena eficácia, porque interfere com a estrutura e o conceito de propriedade, valendo como regra que fundamenta um novo regime jurídico desta, transformando-a numa instituição de Direito público, especialmente, ainda que nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhe dado aplicação adequada, como se nada tivesse mudado."

4.6 A Usucapião Pró Moradia e a Função Social da Posse.

É largamente difundido o entendimento de que a posse se traduz em uma exteriorização da propriedade. Porém ela não é somente o conteúdo do direito de propriedade, mas sim, e principalmente, sua causa e sua necessidade. Causa porque é sua força geradora. Necessidade porque exige sua manutenção sob pena de recair sobre aquele bem a força aquisitiva.¹²³

Sob este ângulo se expõe mais facilmente a questão social a que se relaciona a posse, com força geradora da usucapião. A propriedade no mundo capitalista é o único viés para se atingir a verdadeira cidadania. Locke já centrava sua atenção ao direito de propriedade, entendendo os demais direitos deste decorrentes.¹²⁴ Neste contexto burguês, a propriedade exerce papel de dignificador do homem, tendo a posse para usucapião o traço de ponte entre a cidadania e o ser desprovido da propriedade da terra.

A usucapião instituída pela Constituição, com lapso temporal menor e com destinação do imóvel exclusivamente à moradia familiar, visa à pacificação social, tentando atingir o principal fim do Estado, que é o bem-comum.

Cabe, porém, uma crítica: não se pense em função social ou bem-comum como formas postas graciosamente pelo Estado no intuito de diminuir o abismo social entre a classe dominante e dominada. Esta é antes uma forma de manter a abissal distância, apenas evitando uma possível revolução aos moldes marxistas, que ocorreria quando surgisse, de forma global, a massa da humanidade como massa inteiramente destituída de propriedade e em contradição com um mundo da

¹²³ - Fachin, Luiz Edson. Ob. Cit. p. 11

¹²⁴ - Barbosa, Vanir Maria Carneiro. Ob. Cit. p. 28

cultura e da riqueza produzido por essa mesma massa mas que se encontra excluída da abundância por ela produzida.¹²⁵

Parece até paradoxal, mas é perfeitamente natural o Estado manter simultaneamente em funcionamento agências administrativas vinculadas ao acionamento de mecanismos de repressão e remoção e outras ligadas à socialização e integração,¹²⁶ pois se evita o descontentamento popular, editando normas que parecem ir ao encontro dos anseios da classe excluída, legitimando a dominação, e, quando alguns poucos enfrentam a realidade são reprimidos para que se mantenha oculta a verdadeira dominação.

Porém mesmo sabendo-se desta amargurada realidade, cabe ao aplicador do Direito manipular estes instrumentos de dominação a favor da parte excluída da população, imprimindo à posse, e também à propriedade, o papel de agente de luta contra a classe hegemônica, fazendo da nova modalidade de usucapião uma ponte entre o excluído e a cidadania.

¹²⁵ Chauí, Marilena de Souza. Ob. Cit. p. 71-72

¹²⁶ - Santos, Boaventura de Souza. O Estado, O Direito e a Questão Urbana, *in* Conflito de Direito de Propriedade- Invasões Urbanas. Organizador Joaquim de Arruda Falcão. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

5 CONCLUSÃO.

A evolução Constitucional da Propriedade mostra, inicialmente, como o referido instituto vem sendo tratado no ordenamento jurídico brasileiro, bem como evidencia seu valor, como um dos pilares jurídicos e sociais. Aliado à propriedade, e como uma exteriorização sua se encontra a posse, instituto de imensurável relevância no contexto histórico atual.

Ao longo de sua evolução, tal assunto recebeu como inseparável o Princípio da Função Social, ou seja, impossível admitirmos, nos dias atuais, a propriedade como absoluta, sem uma função maior de equilíbrio social. Entende-se que o direito de propriedade não pode prosseguir sob exclusiva e absoluta discricionariedade do seu titular, devendo este ser exercido sob uma verdadeira condição resolutiva, a de ser bem possuído¹²⁷, segundo a conveniência social.

Não devemos esquecer que parte da doutrina entende haver limitação ao direito de propriedade, identificando sua função social com limitações ao seu uso, gozo e fruição.

Por outro lado, o absolutismo do qual se vale o direito para caracterizar o instituto da propriedade, nada mais é do que uma forma de estabelecer normas de convivência para que a sociedade possa viver em harmonia. Caso contrário estaríamos permanentemente em conflito.

Assim tem-se que o direito a propriedade, atualmente, não perdeu suas características de uso, gozo e disposição, mas sim houve um acréscimo, que é o princípio da Função Social que visa na sua essência equilibrar socialmente discrepâncias existentes. Não se entenda como uma forma de aproximar as classes

¹²⁷ - Alfonsin, Jacques Távora. Sistema de Propriedade e Reforma Urbana, *in* Revista de Direito Civil nº 41. p. 97

sociais, é antes uma forma de manter-se a classe hegemônica, imprimindo leis que aparentam ir de encontro aos anseios da sociedade, porém que servem como uma forma de acomodar a massa explorada, evitando que se mostre a ideologia burguesa atual.

Nem se pense, tampouco, que aqueles que são chamados de “invasores” são contra a propriedade. Não o são, como enfatiza Joaquim de Arruda Falcão:

“Em nenhuma das entrevistas os invasores defendem direta ou indiretamente o sistema de propriedade privada. Ao contrário, sempre o defenderam. Apenas que sua concepção de direito de propriedade é diferente da concepção legalizada do Código Civil.

Os invasores querem ser proprietários. Justificam a invasão de propriedade alheia porque sobre o direito de usar e dispor segundo a livre vontade do proprietário, deve prevalecer o direito d moradia de todos.”¹²⁸

O princípio da função social deve ser aplicado com mesma força nas cidades e no campo, objetivando, como se pretende, equilibrar o meio urbano; não se está liquidando o direito de um indivíduo ser proprietário de vários imóveis, se está querendo que este mesmo sujeito use de forma a cumprir a função social e harmonizar o convívio em sociedade, pois quer queira ou não o interesse da coletividade impera sobre o da individualidade, como bem destaca a chamada Constituição Cidadã. Porém vale ressaltar: não significa que o interesse da coletividade se confunde com o interesse da classe excluída.

Mesmo assim sendo, frente ao cenário de miséria cada vez crescendo mais, cumpre ao operador do direito o papel de agente da história, produzindo o meio em que vive, a verdadeira justiça e o futuro dos que virão e não se acomodando à ideologia da classe dominante. Assim, deve ser o instituto da posse, da usucapião e principalmente o princípio da função social, por ser algo fluido, interpretados sempre em prol do excluído, não apenas para amenizar ao abismo

¹²⁸ - Falcão, Joaquim de Arruda. *Justiça Social e Justiça Legal: Conflitos de Propriedade no Recife*, in *Conflito de Direito de Propriedade- Invasões Urbanas*. Organizador Joaquim de Arruda Falcão. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 95

entre as classes, mas principalmente para garantir a cidadania e um futuro digno à humanidade.

Talvez se possa resumir com uma frase de Boaventura Souza Santos todo o contexto do mundo atual: "O futuro nunca esteve tanto nas nossas mãos, mas as nossas mãos nunca foram tão ignorantes sobre se afagam pomba ou uma bomba."¹²⁹

Frente ao exposto cabe uma indagação: estamos nós, operadores do Direito, Direito posto pela classe hegemônica, prontos a oferecer uma sociedade livre, justa e solidária àqueles que virão, ou estamos cooperando para a morte da justiça e a vitória do capital?

¹²⁹ - Santos, Boaventura de Souza. Ob. Cit. p. 43

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. Alfonsin, Jacques Távora. Sistema de Propriedade e Reforma Urbana, *in* Revista de Direito Civil nº 41, p. 96-101.
2. Alves, José Carlos Moreira. Posse – Estudo Dogmático. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
3. Ascensão, José de Oliveira. Direito Civil Reais. 5ª ed. Coimbra: Editora Coimbra.
4. Barbosa, Vanir Maria Carneiro. A (Ré)construção da Identidade Profissional do Assistente Social: Um Desafio Ético-político na Área da Assistência Judiciária Gratuita. Monografia apresentada ao Curso de Pós-graduação em Metodologia do Serviço Social. Universidade do Contestado, Canoinhas, 1999.
5. Bastos, Celso Ribeiro; Martins, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil, (promulgada em 5 de outubro de 1988) vol. VII. São Paulo: Saraiva, 1990.
6. Bittar, Carlos Alberto. Os Direitos Reais na Constituição de 1988, *in* A Propriedade e os Direitos Reais na Constituição de 1988 (Carlos Alberto Bittar-coordenador). 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
7. Chauí, Marilena de Souza. O que é Ideologia. 24ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987. p. 27
8. Código Civil, Lei nº 3.071 de 01/01/1916.
9. Código de Processo Civil, Lei nº 5.869 de 11/01/1973.
10. Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.
11. Constituição de 10 de novembro de 1937.
12. Constituição de 16 de julho de 1934.

13. Constituição de 17 de outubro de 1969 (emenda nº 1/69 à Constituição de 67).
14. Constituição de 18 de setembro de 1946.
15. Constituição de 5 de outubro de 1988.
16. Cretella Júnior, José. Comentários à Constituição de 1988, vol. I. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
17. Diário da Assembléia Nacional Constituinte – 20/08/87.
18. Estatuto da Terra, Lei nº 4504 de 30 de novembro de 1964.
19. Fachin, Luiz Edson. A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1988.
20. Falcão, Joaquim de Arruda. Justiça Social e Justiça Legal: Conflitos de Propriedade no Recife, *in* Conflito de Direito de Propriedade- Invasões Urbanas. Organizador Joaquim de Arruda Falcão. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
21. Faria, José Eduardo (Org.). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
22. Ferreira, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira vol. VI. São Paulo: Saraiva, 1994.
23. Francisco, Caramuru Afonso. A Propriedade Urbana na Nova Ordem Constitucional, *in* A Propriedade e os Direitos Reais na Constituição de 1988 (Carlos Alberto Bittar- coordenador). 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
24. Fulgêncio, Tito. Da Posse e das Ações Possessórias vol I. 9ª ed. rev. e atual. Por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
25. Gomes, Orlando. Direitos Reais. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
26. _____. Obrigações. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

27. Lehfeld, Neide A. de Souza. A Política Habitacional Brasileira—alternativas de reequacionamento. *In: Revista de Serviço Social e Sociedade* nº, ano IV, Cortez editora, abril de 1983.
28. Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001.
29. Lei nº 4.504 de 30 de novembro de 1964.
30. Lei nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964.
31. Leite, Eduardo de Oliveira. A Monografia Jurídica. 3ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: RT, 1997.
32. Lima, Terezinha Moreira. Invasores ou Invadidos? *In: Revista de Serviço Social E Sociedade* nº 7 ano III. 2ª reimpressão. Editora Cortez, dezembro de 1981.
33. Meireles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
34. Nascimento, Tupinambá Miguel Castro do. A Ordem Econômica e Financeira e a Nova Constituição. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
35. Nequete, Lenine. Da Prescrição Aquisitiva (Usucapião). 2ª ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1970.
36. Pereira, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
37. _____. Instituições de Direito Civil vol. I. 6º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
38. _____. Instituições de Direito Civil vol. IV. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
39. _____. Propriedade Horizontal. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
40. Reale, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

41. Rodrigues, Sílvio. Direito Civil vol. V. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
42. Santos, Boaventura de Souza. O Estado, O Direito e a Questão Urbana, *in* Conflito de Direito de Propriedade- Invasões Urbanas. Organizador Joaquim de Arruda Falcão. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
43. _____. Pela Mão de Alice: O Social e o Político na pós-modernidade. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 1997.
44. Santos, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil vol. II. 12ª ed. atual. Nos termos da CF de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.
45. Serviço Social e os Movimentos Sociais — Uma Experiência de Trabalho em Loteamentos Clandestinos. Trabalho de Conclusão de Curso de Serviço Social da PUC/SP apresentado por alunos e professores do curso, *in* Revista de Serviço Social e Sociedade. 4ª reimpressão. São Paulo: Cortez Editora, ano II — março de 1981.
46. Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 6ª ed. revista e ampliada de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
47. _____. Direito Urbanístico Brasileiro. São Paulo: RT, 1982.
48. Teodoro Jr., Humberto. Curso de Direito Processual Civil vol. I. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
49. Wald, Arnoldo. Curso de Direito Civil Brasileiro- Direito das Coisas, 2ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1970.